RESOLUÇÃO GERADA NO PGD-CARF PROCESSO 11516.004335/2010-93

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	11516.004335/2010-93
Recurso nº	Especial do Procurador
Resolução nº	**9101-000.054 – 1ª Turma**
Data	10 de maio de 2018
Assunto	Saneamento processual
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	ALBERTON MADEIRAS LTDA - EPP

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, acolher a proposta do conselheiro Rafael Vidal de Araújo, no sentido de converter o julgamento do recurso em diligência ao presidente do colegiado de origem, para saneamento, a fim de complementar o despacho de admissibilidade do Recurso Especial, vencida a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), que rejeitou a proposta de diligência. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Gerson Macedo Guerra.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(assinado digitalmente)

Luís Flávio Neto – Relator "ad hoc"

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rafael Vidal de Araújo, Cristiane Silva Costa, Flávio Franco Corrêa, Luis Flávio Neto, Viviane Vidal

Wagner, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra, Adriana Gomes Rêgo (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro André Mendes Moura.

Relatório e voto vencido

Na condição de relator "ad hoc" para formalização da presente resolução, cumpre observar que os parágrafos que seguem foram elaborados pela i. Doutora Daniele Souto Rodrigues Amadio, relatora originária dos autos que não mais integra o Colegiado.

Tratam-se de **autos de infração** (E-fls. 262 ss.) lavrados para a exigência de IRPJ, IPI, CSLL, Contribuição ao PIS, COFINS e Contribuição para a Seguridade Social – INSS, no regime do SIMPLES, relativamente aos anos calendários 2005 e 2006, sob a acusação fiscal de omissão de receitas decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, com a imputação de multa qualificada de 150% e responsabilidade tributária aos sócios Evair Alberton e Otaviano Zomer Alberton, conforme detalhado pelo **Termo de Verificação Fiscal** (E-fls. 224 ss.), o qual se se transcreve a seguir para maior fidelidade:

> Durante os procedimentos de fiscalização de um importante grupo Industrial domiciliado em Santa Catarina (Moldurarte), observou-se que um de seus principais fornecedores de madeira, a Alberton Madeiras Ltda, acima descrita, parecia não declarar, nem tributar, boa parte do fornecimento de madeiras que aquele grupo industrial catarinense contabilizara como custos de produção. Tais inconsistências, entre os valores contabilizados em um contribuinte e os valores declarados pelo seu fornecedor (Alberton), obrigaram a fiscalização a efetuar o procedimento fiscal que ora se consubstancia, o que revelou que a Alberton não só omitia receitas de fornecimento de madeira para o grupo situado em Santa Catarina, mas sim grande parte de todos os seus recebimentos bancários (fls. 37 a 108 - fornecidos pela instituição financeira consoante o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001), conforme detalhado abaixo.
>
> No exercício das funções de Auditores Fiscais da Receita Federal, em procedimento fiscal instaurado conforme o Mandado de Procedimento Fiscal em epígrafe, constatou-se que a contribuinte acima identificada (ALBERTON MADEIRAS LTDA) auferiu, reiteradamente, por meses, até anos a fio, movimentações bancárias incompatíveis com os valores efetivamente declarados (e/ou recolhidos), motivo pelo qual intimou-se a fiscalizada, por intermédio do Termo de Constatação e Intimação 02/2010 (fls. 112 a 119), para justificar a origem dos depósitos efetuados em sua conta bancária (Banco do Brasil, agência 2313, cta 5653-7), nos termos do artigo 287 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3000/99. De se citar:
>
> (...)
>
> Ressalte-se que a fiscalizada não havia oferecido à tributação **nem mesmo a metade dos valores efetivamente movimentados** em sua conta corrente, conforme informações prestadas nas declarações simplificadas da Pessoa Jurídica (Simples Federal) relativas aos anos calendário de 2005, 2006 e 2007 (fls.10 a 33), anos calendário esses em que a ALBERTON faturou valores milionários, conforme demonstrativo abaixo:

(...)

Ressalte-se que a contribuinte já havia sido anteriormente intimada por intermédio do Termo de Intimação 01/2010 (fls. 109 a 111), sendo que, na ocasião, já havia deixado de fornecer os documentos ali solicitados, tais como Contrato Social e Livro Caixa, entre outros.

A única manifestação da contribuinte, acerca das duas intimações, por ela recebidas, tratou-se de um telefonema de seu suposto contador, Sr. "Odinaldo", da Assecon Contabilidade, telefone 3751.1066, que nos informou estar a Alberton com dificuldades para atender às intimações 01/2010 e 02/2010, até porque, segundo ele, "a empresa teria mudado o seu quadro societário em 2008" (o que realmente se verificou, como registrou o Cadastro CNPJ às fls. 02 e 03).

Saliente-se também que, em se tratando de irregularidades reiteradas e contínuas (meses a fio), portanto **intencionais** e dolosas, além do fato que a contribuinte deixou de atender às intimações, deliberadamente, aplica-se a multa agravada de 150%, nos termos do artigo 44 da Lei 9.430/96. De se citar:

> Art. 957. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de imposto (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44):
> I - de setenta e cinco por cento nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;
> **II - de cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.** (grifou-se)

Ressalte-se ainda que uma vez que a contribuinte agiu intencionalmente para esconder o fato gerador dos tributos devidos, não se poderia ministrar que o prazo fatal no qual o lançamento poderia ser realizado possa já ter acontecido, uma vez que em casos de omissão de rendimentos (tributos recolhidos intencionalmente a menor) com dolo, fraude ou simulação, como os que aqui se tem, este prazo desloca-se, no mínimo, para o artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional. De se citar:

> Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
> I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Apesar dos termos de juntada das **intimações** da contribuinte e responsáveis solidários (E-fls. 328 ss.), na sequência constou **termo de revelia** (E-fls. 335 ss.) diante da não insurgência do sujeito passivo.

No entanto, mais adiante e com data anterior, vê-se a **impugnação** (E-fls. 340 ss.) apresentada pela ALBERTON MADEIRAS LTDA e assinada pelo solidário, Otaviano Zomer Alberton, com procuração outorgada por Evair Alberton (fls. 345/346), referente ao presente processo. Conforme anotado pela decisão da DRJ, anexou-se também cópia da quarta alteração contratual da sociedade limitada ALBERTON MADEIRAS LTDA - ME, registrando-se a retirada dos dois sócios citados acima, passando a ser representada pelo (novo) sócio Paulo Francisco Belo.

A linha de defesa desenvolveu-se em torno de três pontos, correspondentes à origem dos depósitos, dificuldade de prestação de informações diante da autação haver sido lavrada em Santa Catarina enquanto situava-se no Pará e a não realização do fato gerador do IPI, como se lê nas chamadas razões de defesa:

I- Os valores informados na declaração do Simples Federal nos anos calendários de 2005, 2006 e 2007 são verdadeiros e não podem serem vistos como meros números fictícios criados pela autuada, são resultados da venda de madeiras comercializadas junto a empresa Moldurat de Santa Catarina, enquanto os valores movimentados em conta corrente da pessoa jurídica, são resultados de financiamentos e outras transações bancárias junto ao Banco do Brasil- Ag. Moju-Pará, e principalmente de valores repassados pela empresa supracitada, sua principal cliente, que mandava valores em dinheiro para compra de matéria prima e outras despesas acessórias. Enquanto os valores informados nas declarações de imposto de renda dos anos citados, foram resultantes de vendas de madeiras comercializadas junto a este cliente. Reafirmando que os valores repassados para compra de matéria-prima entre outras, foram depositados em conta da pessoa jurídica para o devido propósito, de forma que sua movimentação bancária era sempre superior aos valores das vendas efetivadas pela empresa.

II- A empresa Alberton Madeiras, localizada no município de Moju, não possui filiais e tem sua jurisdição fiscal no Estado do Pará, onde a mesma deveria ser fiscalizada. No entanto, a fiscalização partiu de Florianópolis (Santa Catarina) e não da jurisdição a qual pertence, dificultando ainda mais, o comparecimento e o acesso aos altos e à defesa, de forma que não se justifica que a autuada tenha agido com intenção de dolo ou má fé.

Considera-se ainda, para efeito de análise, que em 2008 a empresa foi vendida em totalidade de suas quotas de capital por dificuldades financeiras e por grande grau de endividamento, o que contrasta com o argumento dado pela fiscalização, quando relata que a empresa faturava valores milionários entre 2005 a 2007, salientando que jamais a empresa seria vendida se tivesse dando lucros exorbitantes citados nos autos.

Entre outras questões consideradas, quanto ao trabalho do(s) ilustre(s) Fiscal(s),falta comprovadamente nos autos de infração consistências que comprovem que os valores movimentados em conta bancária da pessoa jurídica no período supracitado, são valores decorrentes de venda de mercadorias, inclusive não cabe incidência de IPI, pois a empresa em questão não beneficiava madeiras, apenas serrava (desdobramento de madeiras) ficando a tarefa de beneficiamento por conta e responsabilidade da empresa "Moldurart" localizada em Santa Catarina, nem tão pouco a Alberton Madeiras extrapolou o limite do Simples Federal, portanto não incidindo em sua forma de tributação impostos como: IRPJ, PIS,

COFINS, CSLL ou INSS complementar em vias dos fatos. Ressalvando-se apenas as alíquotas sobre o faturamento bruto que compete à distribuição dos imposto concernentes ao simples federal.

Passo seguinte, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém/PA proferiu o **acórdão n. 01-22.330** (E-fls. 396 ss.), mantendo o lançamento em questão, em que primeiro se consignou quanto à apresentação da defesa pelos solidários:

"6. No caso presente apresentaram impugnações tempestivas os responsáveis solidários EVAIR ALBERTON, CPF 576.257.35915 e OTAVIANO ZOMER ALBERTON, CPF 102.800.73968.
Isto porque o documento de impugnação (fls. 340/342), de 04/01/2011, em nome da pessoa jurídica, foi assinado pelo contribuinte solidário Otaviano Alberton, na qual rebate questões de fato e de direito da autuação. Como este sujeito passivo não mais representa aquela pessoa jurídica (conforme cópia da Quarta Alteração Contratual da Sociedade Limitada Alberton Madeiras LtdaME, fls.

> *346/349, de 15/10/2008, em que se constata a retirada (formal), da sociedade, dos sócios EVAIR ALBERTON, CPF 576.257.35915 e OTAVIANO ZOMER ALBERTON, CPF 102.800.73968, e segundo a qual a sociedade seria representada pelo (novo) sócio Paulo Francisco Belo), infere-se que vem em seu nome (OTAVIANO ZOMER ALBERTON) impugnar a autuação.*
> *7. E como anexa também procuração do contribuinte solidário Evair Alberton (fls. 345/346) em que este outorga poderes relacionados ao processo administrativo fiscal 11516.004335/201093 e MPF 02101002009.001044 ao contribuinte solidário Otaviano Zomer Alberton, inferese que aquele contribuinte solidário (Evair Alberton) também impugnou a autuação (fls. 340/342) em 04/01/2011.*
> *8. Os contribuintes responsáveis podem impugnar questões relacionadas ao crédito tributário, afinal se lhes imputa "interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal". Mas, não podem querer representar a pessoa jurídica, em confronto com o que dispõe o instituto da representação (conforme arts. 115 e ss do CC e conforme, também, a Quarta Alteração Contratual da Sociedade Limitada Alberton Madeiras LtdaME, fls.346/349, de 15/10/2008)."*

Dando continuidade, tratou genericamente do instituto da solidariedade, manteve a multa agravada com o único fundamento de que *"as condutas descritas adotadas pelos sujeitos passivos demonstram o ânimo de fraude e/ou sonegação, pois, a empresa, deliberadamente declarou à Receita Federal valor inferior ao faturado (valor este aferido pelos depósitos bancários não justificados)"* e, por fim, afastou a alegação de cerceamento do direito de defesa, mencionou sucintamente a incidência do IPI e cuidou da presunção da omissão de receitas.

Em seguida, apensou-se a este processo o de n. 11516.004359/2010-42 (E-fls. 405) e a contribuinte, por sua nova representação, tomou **ciência** da decisão da DRJ (E-fls. 407 ss.), sabida por uma declaração manuscrita juntada aos autos e datada de 14.09.2011, protocolizando **petição** (E-fls. 410 e 430) de *"desistência de recurso referente Processo no. 115160043352010-93, para efeito de parcelamento de débito e devida regularidade junto à Receita Federal do Brasil"*, recebida também em 14.09.2011 e assinada pela mesma outorgada, Sra. Marcilene Dias Oliveira, a quem, no entanto, a **procuração** conferia os seguintes poderes (E-fls. 411):

> conferem amplos e gerais poderes, para o fim especial de representá-lo, junto ao **MINISTÉRIO DA FAZENDA - SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL**, no sentido de proceder ao Parcelamento de Débito relacionado a empresa outorgante, podendo para tanto assinar o que convier, receber e dar quitação, assumir compromissos e obrigações, juntar e desentranhar papéis e documentos, satisfazer e cumprir exigências, preencher formalidades; receber, pagar, passar recibos, dar e exigir quitação, efetuar pagamento de taxas, impostos e emolumentos legais e praticar os demais atos necessários ao fiel desempenho do presente mandato, poderes que o outorgante haverá por bons, firmes e valiosos. Assim o disseram e dou fé. A pedido

Data-se de 14.10.2011, porém, o **recurso voluntário** (E-fls. 413 ss.) constante do presente processo em nome de ALBERTON MADEIRAS LTDA - ME, mas interposto por seus ex sócios responsáveis solidários, inicialmente alegando sobre os fatos:

No presente processo a recorrente demonstrou que por reflexo de fiscalização na empresa catarinense Moldurarte, com sede no Município de Braço do Norte, conforme consta do TVF do processo n. **11516.004335/2010-93** aparentemente no interesse daquela em comprovar seus custos, imputou-se com base em depósitos bancários feitos na conta desta, faturamento superior ao que consta dos seus registros.

Independente de todos os outros argumentos, **ponto fundamental a ser examinado** é o fato de que o somatório da presumida omissão de receita está equivocado tendo em vista que **dos valores que entraram na tal conta bancária, boa parte destinou-se a pagar outros fornecedores da Moldurarte, que no Pará operava via conta da ora impugnante, conforme COMPROVOU primeiro na inicial em 13.05.2011 e quanto a outros fatos, parcialmente em 02.06.2011 em petição adicional, juntando notas, tendo sido esta última aparentemente desconsiderada.**

Na impugnação apresentada em tempo hábil requereu **prazo adicional** para apresentar as tais PROVAS complementares à sua impugnação e EMBORA TODOS OS ARGUMENTOS E PROVAS ESTIVESSEM na DRJ desde o inicio de junho, ao julgar o processo n. **11516.004335/2010-93 em 15 de julho, tais fatos foram ignorados.**

Mesmo no julgamento do processo n. **11516.004359/2010-42 as provas também foram apenas parcialmente consideradas, posto que sobre a juntada das** "*treze(13) notas fiscais de Carmito da Silva (amostragem) entre Julho/2005 e Março/2006, no valor de R$ 137.300,00, emitidas em compras do grupo Moldurarte,* ***no entanto pagas via conta bancaria da ora requerente***" **não há qualquer contra fundamento ou definição razoável dos julgadores de primeira instância.**

Aparentemente os julgadores ignoraram completamente argumentos e provas.

Na sequência, trata do que chamou de equívocos da decisão em detalhes processuais:

No presente processo 11516.004335/2010-93 (primeiro ato) embora o zeloso relator indique que deva ser juntado ao processo 11516.004359/2010-42 (segundo ato) a serem tratados em conjunto, **limita-se aqui a examinar os argumentos e provas juntados lá na petição de janeiro/2011.**

Ao abrir o ato fiscal, embora mencionando a petição de Otaviano como procurador de Evair, deixa claro que **Evair só foi citado formalmente em 13/04/2011**. e assim, Evair ao apresentar impugnação contra o primeiro dos atos fiscais em 13/05/2011 estava fazendo em tempo hábil.

Também importante anotar que o julgamento de primeira instância claramente indica que apenas OTAVIANO havia impugnado somente em seu nome posto que duvidoso se procuração de EVAIR não fosse somente para examinar o ato.

> De todo modo, quando foi citado como jurisprudência o Recurso n. 142518 foi exatamente para informar que o impugnante OTAVIANO estava sim fazendo em seu nome mas com várias das razões de mérito em relação a empresa efetivamente devedora, posto que ali naquele julgado citado se permite "***à discussão de aspectos do lançamento tributário".*** Aliás aquele julgado com mais de 60(sessenta) páginas em relatório e voto é bastante elucidativo em vários outros aspectos.
>
> O MAIS IMPORTANTE, entretanto, **é que os argumentos e provas** de **13.05.2011** e complementados em **02.06.2011**, ESTAVAM **TODOS JUNTADOS** aos dois processos quando apresentados para julgamento na DRJ/BEL em **Julho de 2011**.
>
> Nos autos é possível perceber toda a movimentação de ambos os processos, aliás conferir até nos registros do COMPROT com cada passo do item de sequência. Se examinarmos e não deixam sem prova as sequências de 07 a 11 no primeiro processo e de 09 a 12 no segundo, constataremos seus andamentos e vamos verificar que todas as provas (aí incluindo cópias de notas fiscais e pedido de "varredura" das contas bancárias requerida) permitiam constatar QUE NÃO HOUVE A RECEITA ATRIBUIDA A ESTE CONTRIBUITE. A verdade real, a verdade material tem que prevalecer.
>
> EM SUMA, os aspectos de titularidade de quem possa defender-se, em nome de quem e o tempo próprio estão claros. Está CLARÍSSIMA e se não mais, por falta de empenho dos julgadores de primeira instância, QUE EXISTEM PROVAS DA INEXISTENCIA DE RECEITA TRIBUTÁVEL, no volume pretendido pelo fisco.
>
> No que concerne ao mérito e detalhes sobre a legislação que se analisará em seguida também não restarão dúvidas quanto ao equivoco do julgamento na DRJ/BEL. Para não citar outros o próprio Recurso n. 142518 acima mencionado é uma prova indiscutível de quanto poderia ter sido melhor analisada a impugnação, evitando o presente recurso e a demora no desamarre do problema.

Por fim, ao tratar do mérito, deu-se destaque às questões do afastamento da responsabilidade e qualificação da multa por ausência de fraude.

Registra-se que, apesar do **despacho de encaminhamento** às Ef-ls. 406 determinar o retorno dos autos à unidade de origem para cientificar os interessados da decisão da DRJ, não consta nos autos documentos demonstrando a sua efetiva ocorrência , muito embora tanto empresa quanto responsáveis solidários tenham se manifestado com a interposição de recurso ou desistência deste direito.

Do julgamento do recurso pela Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção de Julgamento resultou o **acórdão n. 1402-001.042** (E-fls..477), em que, por unanimidade de votos, se rejeitou a preliminar de nulidade e deu-lhe provimento parcial para excluir a responsabilidade tributária dos sócios pessoas físicas, cancelar a exigência do IPI e reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%. Leia-se a sua ementa:

> ***"ASSUNTO:***
> *Ano-calendário: 2005, 2006*

Ementa:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. VALORES CREDITADOS EM NOME PRÓPRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DOLO*.*

Nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, presume como omissão de receita os valores creditados em conta bancária em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove a origem dos mesmos. Contudo, desta presunção que decorre da lei não se pode extrair outra presunção de que o titular dos recursos estava agindo com o intuito de sonegar, ocultar ou retardar a ocorrência do fato gerador. A omissão de receita se presume, mas a existência de dolo somente pode ser caracterizado mediante provas concretas

IPI. EMPRESA COMERCIAL. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. EXIGÊNCIA CANCELADA.

Nos casos em que a empresa que se dedica somente ao comércio e é optante pelo SIMPLES, inexiste obrigação de pagar valor correspondente ao IPI. A exigência do percentual correspondente ao IPI, previsto em norma específica, importaria em exigir o respectivo tributo sem que tivesse ocorrido o fato gerador correspondente. Quando se está diante de empresa comercial, que não industrializa produtos, não há aplicação do disposto no artigo 5º, § 2º, da Lei nº 9.137, de 1996, vigente à época dos fatos de que trata este processo.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. DISTINÇÕES FÁTICAS E JURÍDISITUAÇÕES PREVISTAS NOS ARTIGOS 124, I, E 135, I e II, DO CTN.

Nas situações previstas no artigo 124, I, do CTN, há uma norma que incide em relação ao contribuinte que participa na situação que constitua o fato gerador que obriga o contribuinte direto. No artigo 135, II e III, além da norma que incide na situação que constitua o fato gerador, há outra norma, de natureza sancionatória, que incide sobre a conduta de terceiro que, não participando na situação que constitua o fato gerador, se torna responsável por praticar ato ou conjunto de atos que extrapolam seus poderes de comando frente à empresa ou resultam, por ação própria, em violação de normas legais vinculadas à obrigação de pagar tributos devidos pela empresa.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ANÁLISE INDIVIDUAL DOS FATOS E DAS PROVAS.

Nos casos do artigo 135 do CTN, em que a responsabilidade é atribuída a terceiros, que não participam na relação jurídica que constitua o fato gerador, por inexistir responsabilidade desvinculada da conduta pessoal, cabe à autoridade lançadora descrever os fatos que caracterizam a responsabilidade descrevendo, de preferência, quando ocorreram, onde ocorreram e como ocorreram. Não é possível fazer considerações genéricas sem correlacioná-las aos fatos.

Recurso Voluntário Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir a responsabilidade tributária dos sócios pessoas físicas, cancelar a exigência do IPI e reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto Presidente

(assinado digitalmente)
Moisés Giacomelli Nunes da Silva Relator
Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto."

Primeiramente, a Fazenda Nacional opôs **embargos de declaração** (E-fls. 503 ss.) alegando, como resumido pelo despacho que os rejeitou, *"que ao concluir pela impossibilidade de atribuição da responsabilidade solidária aos Srs. Evair Alberton e Otaviano Zomer Alberton, esta Turma acabou por excluí-los do polo passivo do presente lançamento, tornando-os, via de consequência, partes ilegítimas para questionar a procedência ou não do auto de infração. No caso, segundo a embargante, as questões preliminares deveriam ter sido votadas antes do mérito. Diz, ainda, que a decisão que exclui a solidariedade é incompatível com a análise do mérito e que no caso deveria ter sido aplicada, por empréstimo, as disposições do artigo 267, V, do CPC, que prevê a extinção do processo quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual".*

Como escrito, os embargos foram rejeitados por **despacho** (E-fls. 512 ss.) que compreendeu limitarem-se a fazer considerações jurídicas em face do acórdão, sem apontar um ítem em relação ao que teria ocorrido omissão, contradição ou obscuridade, e mesmo assim complementou:

> *"Por outro lado, da atribuição de responsabilidade solidária a determinado contribuinte advém a legitimidade para que este possa contestar tanto o lançamento quanto a sua condição de responsável solidário.*
> *Não se pode dizer que "terceiro" é responsável tributário e conferir a este legitimidade apenas para impugnar os aspectos relacionados à solidariedade, sem que pudesse adentrar no mérito da exigência.*
> *Ademais, dado o princípio da legalidade tributária, verificado, em face de recurso, a exigência de tributo ou de penalidade em desconformidade com os preceitos legais que fundamentam a exigência, tem o Colegiado o poder/dever de delimitar exigência nos exatos termos definidos pelo legislador."*

Contra o referido acórdão, a Fazenda Nacional interpôs **recurso especial** (E-fls. 517 ss.), apresentando os respectivos paradigmas, com relação à (i) requalificação da multa (E-fls. 103-23495, 101-96.668 e 1102-00.502) em função da prática reiterada do mesmo ilícito e o não oferecimento à tributação de montante expressivo de receitas, e (ii) exclusão da responsabilidade tributária dos sócios pessoas físicas (acórdão n. 1301-00.286).

O recurso foi recepcionado por **despacho de admissibilidade** (E-fls. 536 ss.), que compreendeu haver divergência quanto à qualificação da multa, pelos dois primeiros paradigmas apresentados, mas negou seguimento no que se refere ao segundo ponto, por contrariar matéria objeto da Súmula CARF n. 71.

O **despacho de reexame de admissibilidade** (E-fls. 542 ss.) manteve a negativa de seguimento por considerar que o paradigma n. 1301-00.286 veicularia matéria já superada pela jurisprudência da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais com a aprovação da Súmula CARF n. 71, em 09/12/2013, segundo a qual todos os arrolados como responsáveis tributários na autuação são partes legítimas para impugnar e recorrer acerca da exigência do crédito tributário e do respectivo vínculo de responsabilidade, não servindo para caracterizar a divergência suscitada (cf. artigo 67, § 12, do RICARF/2015).

Na sequência, a Fazenda Nacional registrou sua **ciência** (E-fls. 545 ss.) e a não interposição de recurso e os processos n. 11516.004336/2010-38 (E-fls. 551) e 11516.004337/2010-82 (E-fl. 552) foram apensados aos presentes autos. A contribuinte foi intimada por edital (E-fls. 550).

Antes de adentrar na análise da admissibilidade do recurso especial, foi proposta a conversão, o Colegiado decidiu acolher a proposta do conselheiro Rafael Vidal de Araújo, no sentido de converter o julgamento do recurso em diligência ao presidente do colegiado de origem, para saneamento, a fim de complementar o despacho de admissibilidade do Recurso Especial. Na condição de relator "ad hoc" para formalização da presente resolução, cumpre observar que a i. Doutora Daniele Souto Rodrigues Amadio, relatora originária dos autos que não mais integra o Colegiado, compreendeu desnecessária a conversão em diligência para complementação do despacho de admissibilidade, sob a concepção de que este já teria se manifestado suficientemente sobre todos os acórdãos indicados como paradigmas de divergência.

(assinado digitalmente)

Luís Flávio Neto – Relator "ad hoc"

Voto vencedor

Conselheiro Gerson Macedo Guerra – Redator Designado

Quanto à matéria "Multa Qualificada", o Presidente da 4ª Câmara, na análise de admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda, menciona que o recorrente trouxe 03 acórdãos paradigmas, sendo que, por força do RICARF apenas 03 seriam analisados (Acórdãos não reformados, nº 103-23495 e n° 101-96.668).

Foram, inclusive, citadas as ementas dos dois paradigmas que seriam analisados para verificação da divergência.

A par disso, ao tratar especificamente da análise da divergência, apenas o primeiro dos acórdão (de nº 103-23495) foi efetivamente analisado.

Nesse contexto, faz-se necessária a complementação da análise de admissibilidade do Recurso, sob pena de causar cerceamento de defesa, na hipótese da Turma entender que apenas o paradigma analisado no despacho não ser suficiente para comprovar a divergência exigida.

Portanto, voto pela resolução, para retorno dos autos ao Presidente da Câmara para complementação da análise de admissibilidade.

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra